

EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y LA MODERNIDAD

Jorge Reyes Riveros

Abogado, Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Nacional Andrés Bello
Universidad Católica

I. QUÉ SE ENTIENDE POR MODERNIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA JURIDICIDAD

La forma actual de vida del ser humano ha sido influida y determinada por diversos factores, de tal forma que se ha variado apreciablemente el comportamiento de los individuos.

Así, el impresionante avance o progreso de las ciencias y tecnologías es un factor importante por considerar. Solo si se ponderan las conquistas en los campos del transporte (aviación, ferrocarriles) y en las comunicaciones (telefonía, fax), como en la informática, ya se advierten los cambios que una adecuación a tales progresos involucran en la conducta humana. Aún en el campo científico se han obtenido éxitos impresionantes, tal como ocurre en el ámbito de la medicina (piénsese en la manipulación de la génesis de la vida); aparte de que los logros científicos acarrearán consecuencias o transformaciones en toda la vida en sociedad.

El derecho, ciencia humana por excelencia, no puede escapar a los efectos de tales progresos y por lo tanto ha de reflejar tales circunstancias y efectos consiguientes.

Por otro lado, las costumbres sociales han variado ostensiblemente, para bien y para mal. Por ejemplo, y para bien, el acercamiento social que se advierte en muchos lugares del mundo y la consideración de los seres más desposeídos o privados por la naturaleza (en nuestro país, la teletón, paradigma de esta situación).

Sin embargo, el cambio en las costumbres también ha acarreado, en cierta medida, males de consideración. Basta con señalar la aparición de una enfermedad tan maligna como el Sida, o aún la intensificación de la adicción a las drogas; o el alcoholismo en la juventud; y muy especialmente el recrudecimiento y crecimiento de la delincuencia brutal, sin perjuicio de otras manifestaciones, como en mayor o menor grado, la corrupción.

En Chile y especialmente en las grandes ciudades, aparece y se ahonda otro mal: la polución (smog) que también influye en el comportamiento social y jurídico.

Por último, habría que dejar constancia de dos hechos o situaciones que en los últimos años (par de décadas) se han manifestado con notoria intensidad e influencia. El primero consiste en la concep-

ción del derecho en función de la consideración del hombre en su dignidad, en sus derechos inherentes, connaturales que posee antes que el Estado y antes que el derecho lo que acarrea que al Estado se le asigne un rol instrumental, de servicialidad hacia la persona y que los derechos esenciales del individuo deben reconocerse, ampararse e incentivarse. El segundo se refiere a las necesarias funciones del Estado en cuanto a regulador, contralor y sancionador que derivan tanto de los deberes de cada persona respecto de los demás cuanto frente a la comunidad (interés público) y aún por la necesidad de ordenar el ejercicio de los derechos de las personas en sociedad.

Todo lo que se ha relacionado influye en el derecho, por lo que la adecuación de este, debido a los factores enunciados y a otros que posiblemente escaparon de la enumeración, es lo que se podría titular como la modernización del derecho.

II. ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE JURIDICIDAD

La inclinación que se advierte hoy en día es la de emplear el término *juridicidad* y no el de *legalidad* para referirse al principio en examen¹.

El vocablo *legalidad* conduce a la ley —quizá sobre la base de la concepción primera del Estado de Derecho: el Estado Legal de Derecho—, y en verdad, la sumisión del Estado no es solo a la ley, sino al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra la supremacía normativa y especialmente constitucional y todavía los principios generales del Derecho, lo que además armoniza con la concepción del Estado Constitucional y Social de *Derecho*.

¹ VEDEL Georges y DEVOLVÉ Pierre, *Droit Administratif*. Tomo I, 12ª Edición. Presses Universitaires de France, París 1992, pág. 444, expresa "La legalidad es la cualidad de lo que se conforma a la ley. Pero en esta definición es preciso entender el término de ley en su sentido más amplio que es el Derecho. La legalidad expresa entonces la conformidad con el Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica".

III. RAZÓN DE SER E IMPORTANCIA DE TAL ELEMENTO

A. Principio de juridicidad, instrumento al servicio de las personas.

Como se ha tenido ocasión de expresar en otras exposiciones o charlas², el ser humano, y por obvio que parezca, es lo más trascendente en la sociedad, lo que conlleva a que el orden jurídico y el Estado —creaciones intelectuales del hombre y que nacen en el devenir histórico del individuo— sean, ante todo, medios e instrumentos al servicio de las personas.

Debido a lo anteriormente señalado, el principio de juridicidad es un elemento primordial que se emplea para reconocer los derechos inherentes a la persona; además para la protección, y aún para el incentivo de tales derechos.

Por ello, la Constitución Política de la República de Chile —es decir, el más alto rango normativo— en una concepción humanista y cristiana impone el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos como anteriores al Estado y al orden jurídico —inciso 1° del art. 1°— (Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos).

Asimismo, dicha Ley Fundamental prevé la protección y eficacia del principio de juridicidad, y por ende la de los derechos, a través del sistema nacional de control—integrado por órganos parlamentarios, jurisdiccionales, administrativos y aún los medios de comunicación social— y por el sistema de responsabilidades (art. 6° y 7° inciso 3°).

B. Regulación tanto del ejercicio de los derechos fundamentales como de los deberes de las personas por el principio de juridicidad.

Hay dos ideas que conjugar:

1. En la determinación y en la regulación de los deberes de los miembros de una comunidad nacional.

En primer término, si bien es cierto la “dignificación y exaltación de la grandeza de la persona humana” importa reconocer y amparar la dignidad, la libertad y otros derechos inherentes a los seres humanos, no es menos verdad que aquello también obliga, es decir, la dignidad involucra además, los “deberes de un hombre para con otro y los deberes del hombre para con la sociedad”³.

Así por ejemplo, la Constitución Política, al asegurar a toda persona “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” o que “la ley protege la vida del que está por nacer”, también ha reconocido el deber de todo individuo de respetar la

vida e integridad física y psíquica de los demás, como la del que está por nacer. En otros casos, dicha normativa establece obligaciones tributarias y cargas públicas con ciertas garantías (art. 19 N° 20).

Resulta innecesario citar los preceptos de otro orden que consagran y regulan obligaciones de las personas (Ej.: ordenanzas municipales para el barrido de veredas; o que señale la dirección o sentido del tránsito; que establezcan deberes en materia de construcción y urbanización o en materia sanitaria, u otras muchas). Por consiguiente, el principio de juridicidad sirve para determinar y regular los deberes de las personas.

2. En el rol regulador del Estado.

Hay que considerar, en un primer acercamiento, la necesidad de la existencia del poder o soberanía. Este elemento —que al igual que el principio de juridicidad forma parte del Estado de Derecho— se justifica en toda sociedad humana, por cuanto los fines sociales no pueden alcanzarse por la exclusiva colaboración espontánea de los miembros de la comunidad; y más aún si se considera que el acuerdo de todos y para todos los casos es una utopía (4). Ahora bien, el mando-obediencia *finalista* que importa este elemento se traduce o concreta principalmente a través de los órdenes jurídicos (Constitución, leyes, tratados, reglamentos, ordenanzas, decretos, etc.). Es decir, el Estado, para ordenar la vida en sociedad, se encuentra en el imperativo de regularla por intermedio de los instrumentos jurídicos a que se ha hecho mención y en ejercicio de la soberanía.

Por lo tanto, aunque las personas ejercen sus derechos, no lo hacen de cualquier forma, sino de acuerdo con preceptivas que regulan tal ejercicio y cuyo objeto es la ordenación social que evite el caos.

C. La juridicidad es el escudo protector de las personas frente a los excesos y a la arbitrariedad de la autoridad.

El poder es una necesidad social; pero él se encuentra limitado. En primer lugar es finalista; solo se puede ejercer para la obtención del bien común (art. 1° inciso 4° de la Ley Fundamental). En segundo término, no podrá ejercerse en términos de afectar la esencia de los derechos consustanciales del ser humano (art. 19 N° 26 y 5° Inciso 2° de la Carta Política). Son numerosas las normas que en la propia Carta Política limitan el ejercicio del poder: su ejercicio racional y la interdicción de la arbitrariedad (art. 19 N° 2, inciso 2°; N° 3 inciso 5°, N° 7 letra i); N° 20; N° 22; art. 20; art. 98, inciso 4°) por citar algunos significativos y a alto rango normativo.

² Ver: “Dignidad en la función pública”, XXV Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Valparaíso. Noviembre de 1994 T. III págs. 45, 46 y 47.

³ Comisión de Estudios de la Constitución Política, Sesiones 17 y 18, págs. 23 y 24.

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco “Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado”. Cuadernos Universitarios. Universidad Nacional Andrés Bello, págs. 171, 173 y 180.

Conclusión: El principio de juridicidad ahora tiene su razón de existencia e importa en la vida social, porque es el elemento que contribuye esencialmente en reconocer y hacer valer, real y ordenadamente, los derechos fundamentales de las personas y su ejercicio y los deberes, como también sirve de contención a los posibles abusos del poder.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La novedad se halla establecida en la Carta Fundamental y consiste en consagrar un campo de extrema vastedad en cuanto a su extensión. Puede distinguirse:

A. Desde el punto de vista orgánico

Este principio obliga a todos, gobernantes y gobernados (art. 6º, inciso 2º de la Ley Fundamental).

Si es el Estado quien se encuentra obligado por este principio, quiere decir que todos sus órganos, sin excepción alguna, también lo están. Es decir, si el Gobierno se halla en este deber, también lo está el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Banco Central y cualquier otro órgano público.

Por lo demás, así resulta del artículo 6º de la Ley Fundamental que al respecto no hace diferencia alguna, sino, por el contrario, se refiere a los órganos del Estado sin distinción. Se confirma este aserto, como se expresó, por lo prevenido en la norma del inciso 2º del artículo citado, en que aparece claramente la obligatoriedad para todos, gobernantes y gobernados.

B. Desde el punto de vista funcional

El proceso mencionado, sin ninguna marginación, hace aplicable el principio a las funciones y acciones. Ni la ley ni la sentencia ni el decreto ni el acto de la toma de razón o de representación ni cualquier otro acto del Estado quedan al margen del principio.

V. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Se entenderá por eficacia del principio de juridicidad el logro, la verdadera y real aplicación y observancia por gobernantes y gobernados de los órdenes jurídicos y principios que involucran el elemento de juridicidad.

Para obtener que el principio en estudio sea una realidad y no se convierta en manifestación de buenas intenciones o propósitos o de buenos modales, o que se traduzcan en simples normas programáticas nunca cumplidas, es preciso conjugar este elemento de juridicidad con otros dos principios connaturales a aquel, que le son inseparables y complementarios: el sistema nacional de control y el sistema íntegro de responsabilidades. Es decir, se requiere detectar y establecer las transgresiones al principio de juridicidad (sistema

nacional de control) y en seguida, sancionar a los infractores (sistema de responsabilidad).

A. Sistema Nacional de Control Gubernamental

1. Idea fundamental

La idea principal consiste en que el Estado posee una competencia muy extensa en cuanto a su rol de contralor. Esa función del Ente Público no corresponde ni podrá radicarse en una sola oficina pública ni en un solo poder público, sino que, por el contrario, tal actividad se encuentra profusamente repartida entre muchos órganos del Estado.

2. Explicación

La concepción y desarrollo de la sociedad se orienta en el sentido de reconocer que el ser humano tiene derechos anteriores al Estado: que este debe reconocerlos, respetarlos, ampararlos e incentivarlos, sin perjuicio de procurar el bien común de todos y cada uno de los miembros de la sociedad y de hallarse al servicio de la persona. Por otro lado, el desarrollo económico se busca sobre la base de la economía social de mercado y del principio de subsidiariedad.

Todo ello determina que el Estado, para reconocer, respetar, proteger e incentivar al individuo en sus derechos fundamentales y para hacerse cargo de atender ciertas necesidades públicas⁵ debe desempeñar, además del rol instrumental al servicio de las personas, los papeles de ser el regulador, mediante la propia Carta Política, la ley, el reglamento, etc., de la vida social, como asimismo el de contralor y de sancionador frente al atropello de la normativa vigente.

a) Rol contralor frente a los administrados

En su rol de contralor, el Estado desarrolla las funciones fiscalizadoras respecto de los administrados con una gama inmensa de actividades de esta índole y por numerosísimos órganos⁶.

⁵ Como son, para citar algunas trascendentes, las relativas a la seguridad nacional y de protección a la población y a la familia; a la tutela y preservación del medio ambiente, a garantizar las acciones de salud; de previsión social a través de instituciones públicas; a desarrollar el cometido de la educación; a establecer, mantener y operar estaciones de televisión.

⁶ Así ocurre en materia de salubridad con el Ministerio del ramo y sus servicios; en educación con la secretaría de Estado respectiva y sus servicios; en materia de medio ambiente con la Corporación Nacional del Medio Ambiente; en materia de pesca con la subsecretaría del ramo; en diversas materias con los municipios (vehículos, construcciones de casas y edificios por señalar algunos) u otras diversas materias con las distintas superintendencias.

b) Rol de contralor frente a los órganos del Estado

Pero también el Ente Público desempeña funciones fiscalizadoras frente al propio Estado⁷.

Todavía, las funciones de control pueden ser de diferente índole –jurídica, de mérito, operativa o de eficacia, economicidad y eficiencia, y de programas– y por cierto que no todas las clases de control competen a todos los órganos fiscalizadores por igual.

Como puede advertirse, la complejidad que presenta, el control del Estado (control a particulares en diversas y múltiples materias; control a órganos estatales también en distintas materias, y finalmente la diferenciación entre clases de control) determina que esta importante función se encuentra profusamente repartida entre muy diferentes órganos de control estatal y se ubique en todos los poderes del Estado.

3. Sistema Nacional de Control Gubernamental

Sobre la base de que al Estado corresponde un papel de contralor en la sociedad nacional y del carácter difuso de la función de control, se ha concebido la organización de tal actividad pública en un sistema nacional de control gubernamental.

Se expresa que se trata de un sistema, pues confluyen un conjunto de órganos públicos y diversos procedimientos y acciones de fiscalización con una finalidad común, cual es la de velar por la vigencia y aplicación de la normativa y valores que integran el principio de juridicidad, esto es, junto a las normas, los subelementos del principio de juridicidad que, sin dejar de ser valores, se han integrado a la normativa: como la probidad, la racionalidad, la eficiencia, la subsidiariedad.

Confirma de que se está en presencia de un sistema la circunstancia de que, en la integridad de él, verdaderamente se configura una debida defensa de los principios y de los valores más trascendentes de la sociedad. La sola existencia de una clase de órgano de control, como son los tribunales de justicia, por importantes que sean, no dan una absoluta o total seguridad; aparte de que por su propia naturaleza presentan debilidades que otros órganos de control suplen. En

⁷ Es lo que ocurre cuando los tribunales de justicia –órganos del Estado– ejercen el control contencioso-administrativo o se pronuncia en recursos de protección frente a arbitrariedad o ilicitud de la conducta de agentes públicos; o cuando el Parlamento o Cámara de Diputados fiscaliza los actos del Gobierno, o cuando el Senado se pronuncia respecto de una acusación constitucional formulada por la Cámara de Diputados en contra de determinadas autoridades, o cuando el Senado resuelve contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia; o cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia preventivamente sobre la constitucionalidad de proyectos de ciertas clase de leyes o de actos de la Administración a requerimiento de la Cámara o del Senado o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; o cuando la Contraloría General de la República fiscaliza la juridicidad de la actividad de la Administración del Estado; o cuando otros órganos de control estatal, como en algunas situaciones de las superintendencias o como en el caso de los órganos de control interno, se fiscaliza la actuación de entidades estatales.

cambio, del conjunto de ellos, desde el que ejercen los ciudadanos y los medios de comunicación social hasta los políticos, administrativos y jurisdiccionales, incluido el Defensor del Pueblo, puede configurarse una más completa y eficaz y eficiente acción de control que garantice a los habitantes de un país la sujeción a la normativa y valores exigibles en tal realidad social.

B. Sistema de Responsabilidades

1. Concepto de responsabilidad⁸

Podría decirse que la responsabilidad es la carga con que se obliga a una persona para que asuma las consecuencias de su conducta (acciones y omisiones) y aún en determinadas circunstancias, por la de terceros o por los hechos de sus cosas.

2. Ambito de las responsabilidades

Respecto de los agentes públicos, la responsabilidad debe ser íntegra en el sentido que ella procederá siempre y respecto de todas las conductas de esos actores. Comprenderá, asimismo y por consiguiente, la responsabilidad penal, la civil y la administrativa. En ciertos casos, se habla de la responsabilidad política, que en realidad no es tal, sino jurídica⁹.

En cuanto al Estado, este tendrá solo responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. En la segunda, deberá responder por los daños a terceros, de acuerdo con la teoría de falta de servicio, es decir, por incumplimiento al principio de eficiencia, no obstante que también tendrá aplicación la responsabilidad, por la teoría del riesgo –fundada en principios constitucionales como la igualdad ante las cargas públicas– y aún por los principios generales del derecho. Además, la responsabilidad como es íntegra, podrá provenir de conductas de agentes de órganos políticos o administrativos, de agentes de órganos jurisdiccionales y aún de órganos legislativos.

3. Caracteres de la Responsabilidad

Dos ideas centrales hay que destacar:

1. Las distintas responsabilidades son independientes entre sí, salvo algunas situaciones de excepción.
2. Las responsabilidades solo se pueden hacer efectivas mediante el debido proceso: sumario o investigación sumaria; proceso penal; juicios civiles; acusación constitucional.

⁸ El Diccionario de la Real Academia vincula el concepto a la obligación de cumplir una pena o de resarcir un daño.

⁹ La Comisión de Estudios de la Constitución Política se inclinó por la tesis de la señora Luz Bulnes en el sentido de que la naturaleza jurídica de la acusación constitucional apuntaba a una responsabilidad jurídica y no política.

C. Ambito de aplicación de ambos sistemas

Como se trata de dos elementos complementarios del principio de juridicidad, y ellos existen para la eficacia de este elemento, su cobertura ha de ser igual a la de este, es decir, deben estar afecto a ella todos los órganos del Estado y todos sus agentes sin exclusión alguna, como asimismo todas las acciones de tales órganos y agentes sin excepción alguna¹⁰.

VI. EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD CONCURRENTES LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA FINALIDAD NORMATIVA¹¹

En los últimos años han cobrado vigencia los elementos de supremacía constitucional y el finalista en la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento jurídico.

A. Factores de jerarquía normativa superior en la interpretación y aplicación de preceptos de inferior rango al de la Ley Fundamental.

La Ley Fundamental ha previsto una relación jerarquizada de los diversos ordenamientos jurídicos.

Desde ya el artículo 6º, al disponer que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, está regulando diversas materias: una que los ordenamientos ajenos a la Carta Política derivan de esta y otras que tales instrumentos deben respetar las normas constitucionales conformándose a ellas. Por consiguiente, la ley, el decreto con fuerza de ley, el reglamento, el decreto, la instrucción, arrancan su origen de la Carta Política y deben respetar en sus normas todos los preceptos constitucionales.

Por su parte, el artículo 60 razona sobre la base de que el origen de la materia legal se encuentra en la Constitución Política, por ejemplo N°s 1 y 2 que rezan: Solo son materias de ley las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucio-

nales y las que la Constitución exige que sean reguladas por una ley. Otro tanto ocurre en otros numerandos de ese artículo, como los de los N°s 4, 18 y 20.

Respecto de los decretos con fuerza de ley, son los artículos 61 y 50, inciso tercero y el 88 los que instituyen este ordenamiento, sujetos a la jerarquía en estudio, al exigir que tales actos deben ajustarse a dos órdenes normativos superiores: la ley delegatoria y la Constitución Política.

En lo que toca a los reglamentos, decretos e instrucciones, es el artículo 32 N° 8 de la Ley Fundamental el que les da origen, al consagrar la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Más aún, dicha disposición constitucional, sin lugar a dudas, somete esa actividad al orden jurídico superior inmediato, al decir que son para la ejecución de la ley.

La Carta Política reafirma el carácter jerárquico del orden jurídico en otras normas que, además, sirven para vigilar y controlar que esa primacía sea respetada. En este sentido, los artículos 20 y 21 hacen prevalecer el orden jerárquico constitucional en las situaciones que prevén. Igual cosa ocurre con el artículo 80 que confiere a la Corte Suprema una atribución limitada respecto de la inaplicabilidad de la ley que rebasa una norma constitucional. Otro tanto sucede con el artículo 82, que otorga facultades al Tribunal, Constitucional para controlar preventivamente toda ley orgánica constitucional antes de su promulgación; para resolver cuestiones de constitucionalidad respecto de una ley o tratado en trámite; para dirimir las cuestiones constitucionales de un decreto con fuerza de ley, de un decreto o resolución, entre otras. Lo mismo acontece con el artículo 88, que confiere atribuciones a la Contraloría General de la República para controlar la aplicación jerárquica de la Constitución y de la ley en los decretos con fuerza de ley y en los decretos y resoluciones.

1. Obligatoriedad del principio de jerarquía normativa

El establecimiento del orden jerárquico normativo en la Carta Política es mucho más que una manifestación de buenas intenciones y aun va más allá de establecer un "valor o un principio", como ya se expresó. La preceptiva constitucional no solo consagró el principio, sino que, además, señaló la obligatoriedad de su observancia en los diversos artículos ya referidos.

Especial connotación y análisis tiene y merece el artículo 6º, el cual dice: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella".

Este precepto, ubicado en el Capítulo I de la Carta Política, titulado Bases de la Institucionalidad¹², considera tres materias:

¹⁰ Digno de destacarse, en relación a este punto, es la carencia que en Chile se configura en diversos aspectos:

a) La falta de la ley del contencioso administrativo

b) La omisión de la ley sobre procedimientos administrativos

c) La postergación de la nueva Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General

d) La ausencia de un control externo, propio del Tribunal Constitucional, acerca de los autos acordados de la Corte Suprema que regulan recursos y acciones, los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, los Reglamentos de la Contraloría General, las normativas que dicta el Banco Central, de acuerdo con el art. 98 Inc. 4º de la Carta Política.

e) El vacío respecto del examen y rendición de cuentas en el Poder Judicial y en el Congreso Nacional y en la Contraloría General de la República y en el Banco Central por un tercero imparcial (control externo)

¹¹ Dos factores esenciales en la interpretación y razonamiento jurídico; e jerárquico y el finalista. Proyecto de reforma del Código Civil. Revista de Derecho. Págs. 19 a 21.

¹² Se desea recalcar que la ubicación del precepto tiene una especial importancia, ya que en tal Capítulo se consignan los principios gravitantes sobre todo el sistema jurídico de convivencia nacional.

- A qué órganos obliga.
- Qué actividad es regida por él.
- Cuáles son los ordenamientos jurídicos que afecta.

En lo que concierne al primer punto –órganos que obliga–, la disposición no distingue y es racional que no lo haga (no podrá obligar al Gobierno y marginar al Congreso ni al Poder Judicial, u obligar al Presidente de la República y marginar al Contralor General). Por lo tanto, todo órgano del Estado, sea este del Gobierno o de la Administración del Estado –Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes, Alcaldes, Vicepresidente Ejecutivo de Corfo, Rector de la Universidad de Chile– sea del Congreso Nacional (Cámara de Diputados o el Senado), sea del Poder Judicial (jueces de Letras, Cortes de Apelaciones, Corte Suprema) se hallan vinculados a esta norma, porque son órganos del Estado, esto es, cargos públicos a los que se asigna una competencia para imputar voluntad por la persona jurídica del Estado.

Respecto de la segunda materia, es preciso indicar que “acción” –efecto de hacer– involucra actividad, tanto operacional como jurídica. Toda actividad, por consiguiente, de un órgano del Estado, sea esta de gobierno o administrativa, legislativa o jurisdiccional, se encuentra sometida a la exigencia de la norma en examen.

En lo que atañe a la última materia, el artículo 6° establece como premisas básicas que los restantes ordenamientos jurídicos tienen su origen en la Carta Política y que ellos deben conformarse a la Ley Fundamental, asertos que también se manifiestan en diversos otros preceptos ya citados.

En conclusión, entonces, todo órgano del Estado, de cualquier naturaleza, en toda actividad, sean en la interpretación o en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico no solo debe ajustarse al principio de juridicidad, sino que dentro de este, a la jerarquía normativa a partir del orden de mayor rango, esto es, la Constitución Política¹³.

B. El factor de interpretación finalista

El Código Civil no contempla este factor como elemento para interpretar la ley. Excepcionalmente hace una mención para impedir que sea invocado o más bien aplicado, como ocurre en la norma prevista en el art. 11.

La Contraloría General de la República ha propugnado la aplicación de este elemento interpretativo en

diversos dictámenes, sin expresar, en definitiva, el fundamento positivo del empleo de tal factor¹⁴.

En opinión de quien redacta la ponencia, el criterio de finalidad de la norma jurídica debe ser considerado tanto por el intérprete como por el que la aplica, inmediatamente después del factor de jerarquía.

En general, las normas en derecho se establecen por una o más razones; se persigue con ellas la obtención de un fin; se trata de satisfacer uno o más intereses determinados.

En consecuencia y respecto de la actividad del Estado, y en ella, por supuesto, la actividad legislativa debe perseguir un fin de bien público. No puede dejar de tenerlo.

Así resulta, sin lugar a dudas, del principio básico del artículo 1° de la Constitución que prescribe: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es el bien común. Luego, el Estado y su actividad se hallan vinculados a tal servicio y a tal fin. La ley no puede dejar de considerar tal principio.

¿Podría entonces el intérprete, al efectuar su labor, desentenderse de considerar en forma prevalente el fin público que el acto legislativo encierra? La respuesta aparece obvia, atendido el precepto del art. 1° de la Ley Fundamental, pues de otra forma se le vulneraría.

Conclusión General: Estos dos factores de interpretación, de jerarquía y de finalidad han de servir a la tarea de interpretación y aplicación de las normas jurídicas con preeminencia de cualquier otro elemento, porque tienen su origen en preceptos constitucionales que consagran los principios básicos de la institucionalidad.

VII. LOS NUEVOS SUBELEMENTOS QUE SE HAN INCORPORADO, A TRAVÉS DEL DERECHO POSITIVO, AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

El elemento de la juridicidad ha sido enriquecido en los últimos años con la incorporación de diversos preceptos del ordenamiento jurídico –especialmente constitucionales y de leyes orgánicas constitucionales– que concretan otros principios, cuales son la racionalidad, la probidad, la eficiencia y la subsidiariedad.

¹³ La jurisprudencia judicial, desde largo tiempo y a pesar de lo dispuesto en el art. 4° del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe a estos inmiscuirse en los asuntos de otros poderes del Estado, ha establecido la buena doctrina. En el caso de que el juez deba conocer de un asunto en el que se invoque un decreto ilegal, debe aplicar la ley y abstenerse de aplicar el decreto. La proyección de tal jurisprudencia es ineludible a otras situaciones de conflicto, como en el de la ley y la Constitución Política, puesto que no se advierte razón para discriminar nada más, porque se trate de un diferente grado de jerarquía normativa.

¹⁴ En Oficio Circular N° 70118 de 1970, señaló los fundamentos de su posición interpretativa. Al efecto expresó: “En el campo del Derecho Público rige también el principio de especialidad de los Organos Administrativos, merced al cual debe reconocerse que tales órganos pueden desarrollar legítimamente todas las acciones y ejecutar los actos dirigidos a obtener, dentro del campo de sus respectivas competencias específicas determinadas por el legislador, la consecución de los fines que este (el legislador) les ha asignado al crear y organizar el servicio público”.

A. El principio de la racionalidad

1. Explicación preliminar

El ser humano se caracteriza en tres aspectos. Posee un instinto gregario, que lo lleva a vivir en diversas comunidades y sociedades (familia, sociedades intermedias, el Estado); se diferencia de seres de otras especies por su condición ética, que le permite distinguir el bien y el mal y le impulsa o inclina a la obtención del primero, al comportamiento de bondad, a la integridad del actuar (principio de probidad que el Derecho considera); y se distingue aún de otros seres vivientes, incluso de aquellos que también están dotados de instinto gregario, por su calidad de ser racional, pues al hombre ha sido atribuida la facultad de pensar, reflexionar, discurrir, inferir o deducir, capacidad que le permite llegar a un conocimiento cabal de las cosas y a comportarse y, por lo tanto, a adoptar decisiones consecuentes con el ejercicio de esa atribución.

El Derecho, como disciplina humana, ha de considerar e incorporar estas cualidades como principios. Así todo agente público, todo órgano del Estado en el ejercicio del poder y aun discrecional, se encuentra en el deber de conducirse de acuerdo con estos elementos de probidad y de racionalidad. Especialmente si en las actuaciones y si en los actos se apartara de la racionalidad, habrá lugar a la arbitrariedad y, por consiguiente, a la ilegitimidad.

2. Doctrina

2.a. Fuentes¹⁵

2.b Aspectos Generales

En la doctrina, se ha difundido la idea de que los actos del Estado, los actos de la Administración del Estado, obedecen a este principio, sobre la base genérica de que son el resultado de un proceso razonado y se concretan en una decisión razonable.

¹⁵ Las Fuentes doctrinarias consultadas son las siguientes:

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1953 T. I. Pág. 405 a 412. Entre las ideas más importantes destaca:

a) Resalta el poder discrecional, más que la clasificación entre acto discrecional y reglado.

b) El ejercicio de facultades discrecionales puede ser objeto del control jurisdiccional, pues "mientras la administración ejerza racionalmente sus poderes discrecionales dentro de los límites del Derecho no podrán ser anuladas en vía jurisdiccional".

c) Motivos y fin, otras limitaciones.

d) Destaca el principio de racionalidad: "A veces la Administración dispone de una gran libertad... Pero aun en ese ámbito legítimo de discrecionalidad la Administración debe actuar razonablemente", ya que la libre apreciación en la oportunidad de la acción administrativa no puede convertirse en arbitrariedad, lo cual importaría salirse de sus límites propios y constituiría ilegalidad".

DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires 1965, Editorial Bibliográfica Argentina SAL T. II Págs. 355 y 356. Invoca también el principio de razonabilidad excluyente de la arbitrariedad.

Especial connotación adquiere esta materia en lo que concierne a dos elementos: la arbitrariedad, ya sea en la ley, ya sea en la sentencia, ya sea en el decreto o ya sea en cualquier manifestación de conducta de los agentes públicos; el segundo es el de la motivación de las decisiones de la autoridad, pues no pueden existir resoluciones sin motivos suficientes, y si no los hay ellas se convierten en arbitrarias y, por lo tanto, en ilegítimas.

3. Racionalidad y discrecionalidad

Se destaca, asimismo, el principio en análisis, cuando se trata de facultades discrecionales que el orden jurídico ha conferido a los órganos estatales.

En lo que toca esta materia, es necesario tener en cuenta la necesidad de la existencia de facultades discrecionales en los órganos del Estado¹⁶.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*. Décima Edición Editorial Tecnos S.A. Madrid 1987, Vol I Págs. 445 y 446. Destaca como limitaciones el motivo que es más importante en los actos discrecionales.

PABLO, Marcos Fernando, *La motivación del acto administrativo*. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1993. págs. 238. Dice: Refiriéndose a la motivación de los actos que se dicten en ejercicio de facultades discrecionales: "Lo discrecional no motivado es arbitrario".

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª Edición Editorial Civitas Madrid 1991, T. I Págs. 122 y sgts. Señala respecto de la interdicción de la arbitrariedad: "La actividad administrativa, en cuanto basada en una potestad, debe ser siempre racional, coherente y orientada exclusivamente a la satisfacción de un interés público. Cuando ello no ocurre, la actuación se califica de arbitraria y contraria, por tanto, al ordenamiento jurídico.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder" Cuadernos Civitas 3ª Edición Capítulos IV y V Madrid 1989.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas S.A. Madrid 194 Págs. 44 y 45, 50, 71, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 82 a 92, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165.

¹⁶ a) CASSESE, Sabino, "Las Bases del Derecho Administrativo", Traducción de Luis Ortega, Colección Estudios del Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 1994. Págs. 342 a 348. En el párrafo titulado "Parlamento y Administración: Legalidad, actuación reglada y discrecional" (págs. 343). Cita al autor C. Mortati: "La Volontà e la causa nell'atto amministrativo e nell' legge" (1935), ahora en Scritti sulle fonti dell' diritto e sull' interpretazione. Raccolte di Scritti, Vol II Giuffrè. Milano 1972, pág. 523, quien expresa:

"Admitir que existe tal regulación por parte de la ley, entendida como fuente positiva, no se corresponde con la realidad de ningún ordenamiento positivo y, lo que más cuenta, está en contradicción con toda realidad práctica.

La complejidad, la multiplicidad, la imprevisibilidad de la acción estatal hacen imposible la predeterminación —a través de normas jurídicas precisas— de las modalidades de los actos singulares, incluso aunque sean considerados en su aspecto genérico: de aquí la necesidad de confiar a la iniciativa de cada funcionario la elección del momento, de la modalidad o de la cualidad de la acción administrativa

Citando a GIANNINI. *Diritto Administrativo* Vol. I Giuffrè Milano 1970, Vol. I Págs. 82 y 83, expresa: el principio de legalidad. "más que una regla del contenido de la actividad administrativa es una regla del límite de esta, que se inserta en la dialéctica de la autoridad y la libertad".

Agrega Cassese: "La Administración, por tanto, se organiza y opera en el ámbito de decisiones más generales, determinado me-

Por un lado, factores de dinamismo, de oportunidad, de eficiencia y de eficacia en el cumplimiento del rol instrumental de la Administración al servicio de los administrados, hacen imprescindible que las autoridades administrativas sean dotadas de potestades discrecionales. La satisfacción de los intereses de las personas suponen que la Administración esté dotada de herramientas que le permitan solucionar los problemas que la ley no puede prever en todas sus modalidades. Por otro lado, la ley no puede administrar, sino prever situaciones en general, dando directivas básicas.

Hay un contrapunto entre la necesidad de la existencia de facultades discrecionales y la debida protección de las personas y sus derechos fundamentales, a través del principio de juridicidad.

Se trata, por cierto, de obtener y de mantener un equilibrio entre la necesidad de la existencia de facultades discrecionales y la debida protección de los derechos de las personas, por intermedio del principio de juridicidad.

La libertad de elección de la Administración, ante diversas alternativas, no significa que la que elija quede al margen del principio de juridicidad. Dicho de otra manera, el ejercicio de una facultad discrecional

diente ley. Pero estas pueden variar en una gran medida. Pueden contener cánones de conducta o determinar solo finalidades que se alcanzan aplicando estándares no legislativos".

Más adelante, pág. 344, dice, que en conclusión, después de citar a André Hauriou: "La actividad administrativa es únicamente discrecional. Algunas de cuyas circunstancias aparecen regladas. Y es discrecional, porque implica la elección entre varias opciones posibles (Discrecionalidad es la ponderación comparada de varios intereses secundarios —públicos, colectivos o privados— en relación a un interés público primario" (GIANNINI, Máximo, Severo, Ob. cit. pág. 481).

En la pág. 347, puede leerse que a partir de 1978 se ha ido abriendo paso al abandono de la idea de que la Administración puede y debe ser guiada íntegramente por el Parlamento. Especialmente recalca la teoría en virtud de la cual —y para ello cita una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Alemania) del contencioso substancial o esencial", según la cual el *legislador determina solo el contenido esencial*, dejando el resto a la Administración. La discrecionalidad adquiere así, de nuevo, un papel positivo. La atención se desplaza hacia las reglas de procedimiento como instrumentos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos".

"A su vez, la cultura jurídica anglosajona, consciente a causa de su pragmatismo, del hecho de que *la ley no puede vincularlo todo*, se ha dedicado al análisis de los criterios económicos y sociales de las opciones administrativas (ligando, así, como hace la Administración, razonamientos sobre las leyes con razonamientos sobre las opciones realizadas sobre las diversas "opciones posibles, sobre sus costes y beneficios, etc.) y ha perseguido el análisis de los límites de optimización de la elección de alternativas; "estructurando y controlando la discrecionalidad".

b) PENAGOS, Gustavo, "La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos", "La desviación del poder". Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1990, pág. 12. Este autor cita a su vez al profesor Allen R., Bwever Crial en los siguientes términos: "Ahora bien, ciertamente el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración; sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los Gobernantes".

importa la posibilidad de elección entre dos o más opciones *que se ajusten a Derecho*. En efecto, toda decisión de un órgano del Estado —aunque pueda elegir entre muchas— se encuentra sometida a los arts. 6° y 7° de la Carta Política.

Por consiguiente, si se confiere una atribución discrecional, se supone que su concreción tendrá las limitaciones que el Derecho consagra.

4. Limitaciones que impone el principio de juridicidad

a) Premisa inicial.

Se ha propugnado que los actos administrativos no son discrecionales absolutamente, sino que siempre hay elementos reglados en él. En verdad, lo discrecional es la facultad y su ejercicio, pero *no el acto a que da origen*, por cuanto el acto se encuentra siempre sometido a requisitos y límites que el Derecho establece.

b) Enumeración de los elementos reglados que siempre deben concurrir.

b1) Atribución normativa y competencia: provenientes de ley que da la competencia y la facultad discrecional. Se señala cuál es el órgano competente y cuál es la facultad discrecional otorgada.

b2) Procedimientos: Todo acto terminal de la Administración es el resultado de un procedimiento legal que contiene reglas (proceso razonado). Por ejemplo, contrato de obra pública: propuesta pública respecto de la cual hay una facultad discrecional para adjudicar el contrato al proponente que presenta la propuesta más conveniente (discrecionalidad).

b3) Motivos: La limitación de proceder con justificación, o dicho de otra manera, la prohibición de proceder injustificadamente, esto es, sin motivo, o sea, sin antecedentes fácticos que hagan procedente la decisión, es otro que impone la teoría del acto administrativo, entre los requisitos de licitud de este. Más aún, se vincula el motivo a la razonabilidad, pues si se carece de motivos hay capricho o arbitrariedad. En el ejemplo anterior, para elegir la propuesta más conveniente, habrá que señalar los motivos de su elección.

b4) El fin: El fin que encierra la ley que confiere la facultad discrecional también acota la decisión que se elija como procedente, lo cual también constituye uno de los elementos de licitud del acto administrativo y que tiene su fundamento positivo mediato en el art. 1°, inciso 4°, de la Constitución Política.

b5) Interdicción de la arbitrariedad: La limitación o prohibición de adoptar una resolución arbitraria, es decir, caprichosa, irrazonable o insensata, con manifiesto o grosero error o injusticia, o bien desproporcionada.

b6) El respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana: Los derechos garantizados por la Constitución Política y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se

encuentran vigentes deben ser respetados, y aun incentivados, por todo agente público, por todo órgano del Estado. Por consiguiente, aun cuando se trate de facultades discrecionales que naturalmente concretan el ejercicio de la soberanía, es deber el respetar esos derechos fundamentales en su esencia, lo que ha de significar que toda opción de decisión que importe transgredir este deber queda marginado de la conducta del agente público¹⁷.

b7) Principios generales del Derecho.

Entre ellos se consideran:

- b7.1) Igualdad de los administrados ante la Administración.
- b7.2) Proporcionalidad: especialmente en materia económica.
- b7.3) Buena fe.

5. Consagración positiva de la racionalidad y de la prohibición de la arbitrariedad

Diversas normas constitucionales revelan, en su conjunto, la consagración de tal interdicción.

- a) La norma prevista en el artículo 19, N° 2, inciso 2°, se opone a que *la ley* o autoridad alguna establezcan diferencias *arbitrarias*.
- b) Por su parte, el precepto del art. 19 N° 3, inciso 5°, al referirse a la garantía del debido proceso, impone al legislador el deber de "establecer *siempre* las garantías de un *racional* y justo procedimiento.
- c) El art. 19 N° 7, letra i) repugna de resoluciones jurisdiccionales injustificadamente erróneas o *arbitrarias*, dando derecho a indemnización, en determinadas hipótesis.
- d) Otra norma se encuentra en el artículo 19 N° 20 que trata acerca de la proporcionalidad, prohibiendo establecer tributos manifiestamente desproporcionados.
- e) También existe el artículo 19 N° 22 que vuelve a repetir el concepto de la no discriminación arbitraria del Estado en materia económica, lo que en buen romance es la prohibición de arbitrariedad en tal materia.
- f) Importante disposición relativa al tema es la del art. 20 que, al consagrar el recurso de protección, ampara justamente a quien es privado, perturbado o amenazado en determinados derechos, por actos u omisiones *arbitrarias* o ilegales, repugnando asimismo de la arbitrariedad.
- g) Por último, mención también merece el art. 98, inciso 4°, que prohíbe al Banco Central establecer normas o requisitos *diferentes o discriminatorios* en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza.

¹⁷ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel de 16-I-86 Vásquez Peña con Fisco (Gaceta Jdca. N° 67 año 1987, págs. 60-65) reconoce esta instancia el ejercicio de la función pública y acoge indemnización de perjuicios cuando se origina el daño en este tipo de extralimitación.

Del conjunto, entonces, de estos preceptos constitucionales, y aunque no existe una disposición expresa y genérica de prohibición para los órganos del Estado de la arbitrariedad, se desprende tal interdicción. Asimismo, también hay que concluir que de esas normas resulta previsto, en general, el principio de racionalidad.

6. Jurisprudencia

a) Jurisprudencia judicial

Hay varias sentencias de los tribunales superiores de justicia en los cuales se ha aplicado la prohibición de arbitrariedad y aun se ha asimilado a la arbitrariedad la decisión administrativa no motivada o injustificada. Fallo de 31-VII-95 Corte Suprema en recurso de protección González Flores-INP considerandos 4°, 5° y 7° y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4-V-95, recurso de protección "Valdés Moraga-Universidad de Chile", considerandos 12 y 13.

Util resulta destacar el Fallo de 31-IV-97 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Protección Patricia Lama Lea contra Director del Servicio de Salud de Concepción, Rol 7696:

Considerando 15: "...que la destitución de la recurrente es una medida que se aparta de lo razonable y cae en el terreno de lo arbitrario, cualquiera que fuese el motivo intrínseco que determinó su decisión y que la mera discrecionalidad que le acuerde la ley no significa sino la libertad que, como regla general, tiene la autoridad administrativa para moverse en el campo de su acción jurídica sin sujeción a rígidas reglas legales".

"Pero esta discrecionalidad no lo autoriza para apartarse de la razón, de la que cualquier persona puede entender como razonable, especialmente cuando hay antecedentes que alertan sobre un proceder sabio y prudente".

Considerando 16: "Que apartarse de lo razonable y prudente importa caer en la arbitrariedad; en un actuar basado en la libre voluntad sin sujeción a leyes, normas o razones y la arbitrariedad tiene un hondo contenido de injusticia".

b) Jurisprudencia Administrativa

La Contraloría General de la República también ha adoptado una posición semejante en varios pronunciamientos como los contenidos en los dictámenes N°s 26.867, de 1991, 35.849, de 1994 y 1.957, de 1995, por citar algunos.

B. El principio de la eficiencia

1. Generalidades

La ley N° 18.575, antes citada, se refiere directa o indirectamente, a la eficiencia en varias disposiciones, como son las de los artículos 3°, 4°, 5°, en ambos incisos; 8°, 10 y 44.

De acuerdo con lo prescrito en estas normas, hay una eficiencia que apunta al manejo de los recursos, y que deriva del deber de los agentes del Estado de velar por el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, a la cual se podría denominar como la eficiencia operativa, a fin de vincularla con el control o auditoría operativa; pero también hay otra eficiencia que se orienta al funcionamiento debido, ágil, expedito y oportuno de los servicios de la Administración del Estado y al cual se podría llamar eficiencia funcional.

2. Eficiencia funcional

En primer lugar, "la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. Este es el primer deber (art. 3°).

En segundo término, los procedimientos administrativos tienen que ser ágiles y expeditos, correspondiendo a los agentes públicos de la Administración procurar la simplificación y rapidez de los trámites (arts. 5° y 8°).

Como tercer punto, es preciso que exista coordinación y unidad de acción en el cumplimiento del desempeño administrativo, con recomendación de evitar la duplicación o interferencia de funciones (art. 5°, inciso 2°).

En quinto término, las jefaturas deben ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal dependiente, entendiendo que el control interno jerárquico comprende la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento de los fines y objetivos pertinentes (art. 10).

En sexto lugar, el funcionamiento ineficiente de las entidades de la Administración del Estado que origine daño a terceros, sea por no funcionar, funcionar tardíamente, o por otro mal funcionamiento, dará lugar a indemnización de perjuicios (arts. 4° y 44).

3. Eficiencia Operativa

La eficiencia operativa ha sido consagrada en el artículo 5°, inciso 1°, de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: "Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando el mejor aprovechamiento de los medios disponibles".

Dice relación con el manejo de los recursos y que se cautela a través de la llamada auditoría operativa o de las tres E.

La eficiencia operativa supone: la eficacia, es decir, el cumplimiento de las metas previstas en el plazo determinado; la economicidad, esto es, la obtención de los recursos necesarios para la realización de las metas, en los mejores términos de oportunidad, y la eficiencia propiamente tal, que significa el empleo óptimo de los recursos disponibles para alcanzar las

metas propuestas sobre la base de la ecuación costo-resultado.

C. El Principio de Subsidiariedad

Sobre la base de lo establecido en los artículos 1° inciso 3° y 19 N° 21 de la Ley Suprema, se construye este elemento.

El rol instrumental del Estado respecto de las personas se manifiesta frente a los grupos intermedios que crean u organizan esas personas, debiendo aquel, por tanto, reconocerlos y ampararlos, garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus fines.

Por ello también las actividades económicas que las personas individualmente o por intermedio de grupos o sociedades deseen desarrollar y siempre que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y sin perjuicio de su regulación legal —papel regulador del Estado— están garantizadas por la Carta Política. Consecuente con esta premisa fundamental que a su vez es derivación de lo previsto en el artículo 1°, inciso 3 comentado, se privilegia al individuo frente al Estado y sus órganos facultando a estos solo la actividad empresarial si una especial ley —de quórum calificado— los faculta para ejercer aquella actividad.

D. El principio de probidad

1. Concepto de probidad y corrupción

la. Generalidades

Ambos conceptos se encuentran relacionados y por ello es importante determinarlos separadamente.

Mientras la probidad constituye un principio o virtud que apunta a establecer y obtener un comportamiento debido desde el punto de vista moral y de otros deberes, la corrupción es el vicio de las conductas morales debidas y de los otros deberes, es decir, que altera la esencia de aquel principio o virtud respecto de los comportamientos esperados.

lb. Conceptos de probidad

La probidad, en términos generales, es la rectitud y moralidad a que tiene que ajustarse la conducta humana y, en lo público, la que debe observarse en el ejercicio de funciones públicas.

El vocablo tiene su origen en la voz "probitas" que significa bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y, honradez en el obrar. Es sinónimo de honorabilidad (Dicc. de la Lengua Española).

Una acepción restringida del término llevaría a limitarlo solo a la conducta moral, haciéndolo sinónimo de honradez. Sin embargo, el concepto es más rico que aquello, por cuanto, además de la rectitud, supone el cumplimiento cabal del comportamiento debido y justo.

En la esfera pública, en consecuencia, la probidad impone una conducta moral y debida, esto es, un com-

portamiento que involucra también a la juridicidad, a la eficiencia y a la racionalidad^{18, 19}.

Me atrevería a asegurar que el derecho positivo chileno apunta en la dirección indicada, vale decir, consagra un concepto amplio al expresar en el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575 y repetida tal norma en la letra g) del artículo 55 de la Ley 18.834, que la probidad administrativa "implica una conducta funcionaria moralmente intachable" y le adiciona "una entrega honesta y leal al desempeño del cargo" y en este "una primacía del interés público sobre el privado".

1c. Significado de la voz corrupción

1c.1. Concepto

Las voces corrupción y corromper suponen la idea de alteración de algo en su normalidad.

Así el Diccionario de la Real Academia Española dice que "corrupción" es la acción y efecto de corromper o corromperse. Una segunda acepción la hace sinónimo de *alteración o vicio*. Una tercera la explica como *vicio o abuso* introducido en las cosas inmateriales, corrupción de costumbres, de voces²⁰.

¹⁸ La Comisión Nacional de Ética Pública, creada por Decreto Supremo N° 423, de 18 de abril de 1994, del Ministerio del Interior, en su informe, páginas 6 y 7, dice que la probidad pública "se refiere a la integridad en el cumplimiento de las obligaciones y deberes propios y anexos a los cargos y funciones públicas". Agrega que se extiende "a la responsabilidad pública, en su acepción de obligación de agente público de responder por el desempeño de sus funciones ante la sociedad civil". "La responsabilidad pública, en consecuencia, es la cualidad de aquel que da cuenta, ante quien corresponde, sobre el ejercicio de la función que le ha sido atribuida", "de este modo, la responsabilidad es parte de la probidad, con relación a quien, en última instancia, está encargada de evaluarla y juzgarla: la ciudadanía".

Se añade que las conductas y acciones de los agentes públicos deben estar "expuestas a la vista y al conocimiento de la sociedad civil", de lo que nace el carácter de transparencia que a su vez complementa el principio de probidad.

¹⁹ Se ha considerado en el presente estudio el trabajo inédito del profesor de Derecho Administrativo y Contralor General de la República, don Arturo Aylwin Azócar, titulado "Algunas ideas sobre probidad en la función pública".

²⁰ Una especificación del sentido de las palabras ya indicadas lleva la alteración o vicio al soborno (dádivas para conseguir de alguien algo mediante el trastorno o trastoque de lo normal), o a la perversión que importa perturbar lo normal

A su vez "corromper" significa:

- 1.- "Alterar y trastocar la forma de alguna cosa"
- 2.- "Echar a perder, depravar, dañar, podrir"
- 3.- "Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera"
- 4.- "Pervertir o seducir a una persona"
- 5.- "Estragar, viciar, corromper las costumbres, el habla, la literatura".

- 6.- "Incomodar, fastidiar, irritar, oler mal".

Por otra parte, el sentido de los siguientes vocablos es:

Depravar: "Viciar, adulterar, pervertir, especialmente a personas.

Sobornar: "Corromper a alguien con dádivas para conseguir de él una cosa".

1c.2. Distintas connotaciones de la corrupción

Es posible distinguir la corrupción individualizada de la generalizada. Por ello, es preciso referirse separadamente a ellas.

1c.2a. Corrupción individual

El comportamiento de un agente público merecería ser tachado de corrupto cuando se infrinjan, alteren o vicien los deberes correspondientes ya explicados y que son exigibles en la función que desempeña.

Por consiguiente, si la probidad pública es alterada o viciada mediante la falta o infracción a los deberes funcionarios, es decir, si se trastoca la normalidad de la conducta debida por el agente público, habría que concluir que quien así se desempeña incurre en la corrupción²¹.

1c.2b. Corrupción generalizada en el Estado

En toda sociedad, como se explicará más adelante, se convive con personas que faltan a la ética pública.

Sin embargo, tal situación no importa que la sociedad entera o que el Estado sean corruptos o que una gran parte de ellos lo sea.

Para poder propugnar un juicio sobre corrupción generalizada en el Estado, habría que encontrar la alteración de los deberes de los agentes públicos en el Congreso, en el Poder Judicial, en el Gobierno, en la Administración del Estado y en los Organos Fiscalizadores y en todos estos sectores hallar una cantidad apreciable de casos de tal especie. O bien, cuando se trata de una corrupción sistemática o institucional y no solo personal.

No obstante lo precedentemente indicado, pueden existir en todos aquellos sectores, signos de corrupción que, sin llegar a constituir una situación generalizada, deben desterrarse y debe detenerse su propagación.

²¹ SABÁN, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*. Editorial Civitas S.A., págs. 13-17.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Principios de Ética Pública ¿Corrupción o Servicio?* Editorial Montecarlo SA. Madrid 1993, págs. 87 a 101.

Estos dos autores en una línea amplia del concepto expresan: El primero señala que la corrupción "no es sino la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario", "interés distinto del que persigue el titular del poder cedido"... "En el caso de lo público es sencillamente la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional mencionado". (art. 103 de la C.P. española que dice que la administración pública debe servir con objetividad los intereses generales). Finalmente agrega: "...el conflicto de intereses como tema del debate supone para el jurista todo un reto a la hora de elaborar conclusiones, pues exige el análisis de las normas desde una perspectiva esencialmente finalista..." A este respecto añade que la perspectiva finalista entiende "la legalidad como un sistema racional en el que los elementos se traban por identidad de fines".

El segundo habla de corrupción en cuanto a utilización de potestades públicas para la satisfacción de intereses puramente personales.

1c.2c. La Drogadicción

La pornografía, el alcoholismo, la delincuencia, el terrorismo y, por cierto, la drogadicción constituyen vicios; son elementos corruptivos que, por la intensidad de su desarrollo, hay que considerarlos, estudiarlos y atacarlos en todos los frentes posibles²².

Solo alcanzaré a referirme a la drogadicción:

Este flagelo se ha desarrollado con especial virulencia. Su propagación, "ya más que preocupante", no es posible sin la corrupción de esferas sociales, privadas y públicas.

Los efectos malignos de su desarrollo se manifiestan en todos los círculos sociales, pero quizá sea en el núcleo primordial de la sociedad, en la familia, donde es más acentuado. En efecto, que uno de los miembros de la familia sea adicto acarrea numerosísimos trastornos en el seno del hogar: fuertes disputas y discusiones entre cónyuges, hijos, hermanos, violencia física, desaparición de los objetos familiares más preciados que comercializa el drogadicto a precio vil ante el traficante, por señalar algunos, aparte del daño físico y moral del adicto y de los efectos que origina en el lugar de estudio o de trabajo.

La erradicación de este mal se encuentra fuera de toda discusión. El problema es cómo enfrentar su extirpación o al menos su disminución al mínimo posible.

Como cuestión previa, debe tenerse en cuenta que, mientras exista el consumo, habrá productores y traficantes; luego lo que corresponde es preocuparse por el consumidor y detener o bajar el consumo.

Al respecto, propongo en primer lugar que la tarea de su erradicación es un deber de cada uno y de todos los miembros de la comunidad nacional –como con el ejemplo de los chinos en el combate a los pájaros vándalos en su tiempo– al cual asimilaremos los productores y los traficantes.

En segundo lugar estimo que deben diferenciarse las medidas del caso, según se trate del drogadicto o del productor y el traficante de drogas.

En lo que toca al primero es preciso considerar que se trata de un enfermo, al que hay que recuperar con una labor psicológica de convencimiento, pues mientras el adicto no reconozca su condición y carezca de voluntad de sanarse todo esfuerzo es casi en vano. La unión de la familia en torno al enfermo, el amor que se le prodigue junto a una enérgica acción de privarlo del consumo, parecen ser las ideas orientadoras en los tratamientos respectivos. Al respecto, se hace necesario considerar dos conceptos:

a) La existencia de establecimientos para obtener la recuperación de los enfermos: labor que los Muni-

cipios con la comunidad organizada –Centros de Padres e Iglesia– deben abordar.

b) Si los adictos son agentes públicos, ¿podrían continuar en sus cargos? Pienso que no; al menos habría que suspenderlos mientras se recuperan y siempre que se sometan a tratamiento. Todo ello, porque el adicto pierde su voluntad y su probidad frente al traficante y a la necesidad de obtener droga.

En lo que concierne a los productores y traficantes, debe existir una normativa estrictísima y una conducta muy dura para quienes desarrollan tales actividades y para quienes las amparan. Desde luego, opino que en los procesos judiciales no debe proceder ni la excarcelación, ni la remisión condicional de la pena, ni ninguna clase de libertad condicional, ni el indulto.

Los particulares también deben ocupar un espacio importante, formulando las denuncias y las autoridades proceder con energía, sin claudicaciones.

1d. Eficacia del principio de probidad

Otro aspecto que es preciso destacar es el que dice relación con la eficacia del principio de probidad.

Lo que se quiere resaltar es que la sola enunciación de él no basta, la sola consagración constitucional, legal, de ese elemento no es suficiente.

Es insatisfactorio que solo se exprese la existencia del principio, incluso que se den avances en su estudio, sin que se adopten las medidas que permitan su real efectividad, como sería su consagración normativa con el régimen de sanciones y de control para el caso de incumplimiento²³.

2. Consagración del principio de probidad en el derecho positivo

Aparte que ya la definición legal de la probidad determina un deber del agente público y del cual puede desprenderse responsabilidad, hay diversas concreciones del principio en numerosas disposiciones de carácter constitucional y de carácter legal que determinan, por cierto, las obligaciones, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades de los agentes públicos que, de infringirse, dan lugar, asimismo, a responsabilidad por parte de ellos.

Es posible citar varios de estos preceptos:

²² Gonzalo Fernández de la Mora, en artículo del diario El Mercurio, del 9 de junio de 1997, pág. 2, de Editorial titulado "Corrupción Funcionaria y Política" concluye: "contra la corrupción hay que luchar como contra las epidemias que asolan las sociedades... el peculado puede erradicarse de las administraciones mediante el ejemplo, la eficaz inspección y la sanción rotunda..."

²³ Biblia de Jerusalén, Evangelio según San Mateo N° 23,1. Dijo Jesús: "En la Cátedra de Moisés se han sentado los escribas y los fariseos. Haced, pues, y observad todo lo que os digan; pero no imitéis su conducta, porque dicen y no hacen. Atan cargas pesadas y las echan a las espaldas de la gente, pero ellos ni con el dedo quieren moverlas. Todas sus obras las hacen para ser vistos por los hombres...; quieren el primer puesto en los banquetes y los primeros asientos en las sinagogas, que se les salude en las plazas y que la gente les llame Rabbi".

2a. Entre las normas constitucionales podrían señalarse algunas como:

2a.1. La primera consagración es la del *art. 1º inciso 4º de la Carta Política*. Este precepto, al establecer el papel instrumental del Estado de estar al servicio de la persona humana y de promover el bien común, contempla, sin decirlo, que tal rol no podría ser cumplido, sino sobre la base de la juridicidad, de la eficiencia, de la racionalidad y *de la probidad*. No hay alternativa de dar cumplimiento a este deber del Estado, sino precisamente con esos principios: *si no fuere así, dicho deber se desnaturalizaría, es decir, no se estaría propiamente al servicio de las personas, ni se estaría promoviendo el bien común*²⁴.

2a.2. El *art. 48 N° 2*, al dejar sentado que se sancionará la conducta de las más altas autoridades del Estado cuando han comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o por haber cometido delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno, adhiere al principio en análisis.

2a.3. Lo mismo hace el *art. 57, inciso 2º* que sanciona con la cesación en el cargo de parlamentario al que celebre o caucione contratos con el Estado o que –inciso 4º– ejercitare influencia ante autoridades administrativas o judiciales en determinadas situaciones.

2b. Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En su *art. 16*, prohíbe al personal de los órganos administrativos públicos realizar actividades político-partidistas dentro de la Administración y prevalecerse de la autoridad de su cargo para aplicarla en asuntos ajenos a sus funciones.

2c. El Estatuto Administrativo contiene una serie de preceptos como son:

2c.1. Requisitos de probidad exigidos para acceder a un cargo público –art. 11, letras e) y f)– de no estar inhabilitado para ejercer cargos públicos, ni hallarse condenado o procesado por crimen o simple delito, ni haber cesado en un cargo público por medida disciplinaria o por calificación deficiente.

2c.2. Los relativos a las obligaciones del funcionario, señaladas en el *art. 55*, entre los cuales podrían destacarse las de prestar el servicio en la mejor forma y según los objetivos institucionales; la de atender con esmero y cortesía y eficiencia al público; la de guardar secreto en asuntos de carácter reservado; la de observar una conducta social de acuerdo con la dignidad del cargo.

²⁴ El informe de la Comisión de Ética Pública, citado (págs. 8 y 18), propugna “la constitucionalización de los principios de probidad y de transparencia” en el Capítulo de Bases de la Institucionalidad. Propicia, asimismo, la creación de un Código de Probidad Pública.

2c.3. Las concernientes a las prohibiciones e incompatibilidades, artículos 78 y 79; como la prohibición de intervenir en asuntos de interés personal para él, cónyuge y ciertos parientes; actuar contra los intereses del Estado; someter a tramitación dilatoria los asuntos de su competencia; solicitar, hacerse prometer o aceptar dádivas para sí o para terceros; utilizar su autoridad y los bienes del Estado en fines ajenos a las funciones propias del cargo; atentar contra los bienes de la institución; desempeñarse simultáneamente en una misma institución con cónyuges, siempre que exista relación jerárquica directa; desempeñar más de un cargo público a la vez, salvo determinadas excepciones.

2d. El Código Penal²⁵

En numerosas figuras jurídicas protege la vigencia del principio de probidad, pues sanciona las conductas determinadas que señala, que lo afectan. Así, por ejemplo, se contemplan los delitos ministeriales de prevaricación (art. 223); de malversación de caudales públicos (art. 233); de fraude y exacciones ilegales (art. 239); de negociación incompatible (art. 240); de cohecho (art. 248), y otros.

3. Ambito de aplicación del principio de probidad en relación a la comunidad nacional

3a. Precisión primera.

La regla de oro consiste en que este elemento es propio o rige en toda la comunidad nacional y no en un sector determinado²⁶.

Es un profundo error reducir el ámbito de aplicación del principio en comentario solo a la Administración del Estado o aun solo al Estado.

²⁵ La Comisión Nacional de Ética Pública, en el informe antes mencionado, páginas 12 y 13, expresa que es necesario perfeccionar la legislación penal, para lo cual propone “la criminalización del tráfico de influencias, el uso indebido de información clasificada, el enriquecimiento ilícito, el nepotismo y el clientismo”.

En el Derecho Español (Gonzalo Fernández de la Mora, en artículo publicado en *El Mercurio*, pág. 2, del 19 de junio de 1997), se penalizan las figuras de cohecho; del tráfico de influencias; de malversación y de defraudación. Al respecto, el autor citado expresa:

“a) Incurrir en “cohecho” el funcionario que acepte dádivas por ejecutar un acto delictivo injusto o prohibido o simplemente propio de su cargo (arts. 419-426).
b) Incurrir en “tráfico de influencias” el funcionario que presiona a otro para que actúe en beneficio de alguien (art. 428-433).
c) Incurrir en “malversación” el funcionario que sustrae caudales públicos o les da un destino ajeno al previsto (arts. 423-433).
d) Incurrir en “defraudación” el que indebidamente otorga contratos, hace liquidaciones o percibe aranceles o minutas (arts. 436-438) en perjuicio de la Administración.

²⁶ En este mismo sentido, la Comisión de Ética Pública, pág. 17 del informe, recoge esta idea y la enriquece al decir: “Con todo, la promoción de la ética pública es tarea de todos: del Estado y también de los ciudadanos”, “una participación funcional de estos respecto a la finalidad que nos anima, exige canales y mecanismos que faciliten la expresión de inquietudes de los particulares...”

El comportamiento ético es propio del ser humano; dice relación directa con la naturaleza y dignidad de las personas; y que el individuo de nuestra estirpe, si bien se diferencia de algunos otros seres por su instinto gregario y mucho más por su racionalidad, es por su integridad, honradez y espíritu de bien que se destaca absolutamente de las demás especies vivientes.

Por lo tanto, la ética caracteriza y persigue al ser humano, tanto en su comportamiento como también en su conducta societaria, pública y privada.

3b. Manifestaciones en distintos sectores.

3b.1. En la familia. En este aspecto, es importante el cumplimiento del deber de los padres en cuanto vigilen las conductas de sus hijos y que, a la vez de corregirlos, les enseñen, y preferentemente con el ejemplo, la dignidad de seres humanos, que no solo importa el respeto a los derechos, sino también el cumplimiento de deberes que necesariamente pasan por la probidad²⁷.

3b.2. En las sociedades intermedias, sean sociedades civiles y comerciales, o en fundaciones y corporaciones, como club deportivo, partido político o colegio, centros de padres y madres, etc., también se da otro tanto. Especial connotación adquieren las situaciones en que por obtener negocios y por la competitividad se emplean medios absolutamente incompatibles con la conducta ética, o que se olvida o posterga la razón de ser o fin del ente, anteponiendo los intereses o satisfacciones individuales.

3b.3. En los partidos políticos. Especial importancia me parece que tiene la aplicación del principio de probidad en los partidos políticos. No se olvide que desde sus filas sale la mayor parte de las autoridades que ocupan cargos de elección popular. Por lo cual la selección de las personas para ocupar cargos de elección popular, que patrocinan tales sociedades intermedias, debiera ser muy estricta en cuanto a la consideración de este principio. Igualmente, no podría dejar de ponderarse de forma prevalente la concurrencia en los solicitantes a miembros del partido de tal condición de probidad. Por otro lado, la transgresión al principio mencionado tendrá que ser sancionado severamente al interior de cada sociedad política.

3b.4. Y finalmente en el Estado, sea en la Administración Pública, en el Congreso, en el Poder Judicial, en órganos fiscalizadores y policiales también se pueden dar conductas reñidas con el principio, que

²⁷ ¿Es posible que los padres o uno de ellos celebren y festejen las transgresiones a la ética de sus hijos cuando llaman por teléfono del extranjero mediante trampas en el llamado "¿O cuando el hijo infringe una norma del tránsito en el manejo del automóvil o en el atropellamiento de una persona, escapando del lugar del accidente, o cuando frente a hurtos en el colegio no se le corrige, sino ampara, o que ignoran la afición a las drogas de sus hijos y no enfrentan los problemas que trae consigo?

dicen, en general, relación con el nepotismo, el favoritismo político, los negocios incompatibles y los paralelos, el tráfico de influencias, el clientismo, el enriquecimiento ilícito, etc.

3c. La transgresión al principio de ética o probidad es una realidad con la que la sociedad convive.

La experiencia histórica del desarrollo de las sociedades humanas revela que la observación del principio de probidad no es fácil y que es frecuente su vulneración.

Es una utopía pretender que todos los integrantes de la comunidad humana y en todos sus comportamientos se ajustarán al principio de ética, desterrándose absolutamente las transgresiones.

Si bien es cierto, como se expresó, la condición especialísima del ser humano supone en este, para diferenciarlo de otros seres vivientes, un comportamiento ético, la verdad es que su misma naturaleza humana le lleva a contrariar en muchas ocasiones su propia dignidad y la de otros individuos. Lo que se acaba de expresar es la experiencia del desarrollo de la sociedad a través de toda su historia²⁸.

No obstante lo expresado, no puede sino concluirse que, a pesar de tener que sobrellevar la carga de transgresiones a la ética en sociedad, hay que tratar de eliminar o disminuir, hasta donde sea posible, las dichas transgresiones, a fin de conseguir que el ser humano sea más digno y no se envilezca.

4. Campo de la ética o probidad en el estado

4a. Premisa inicial.

Existe la creencia de que la transgresión al principio de probidad se identifica con la sola sustracción de especies o de dineros públicos.

El concepto, como se vio, es mucho más rico que tal creencia, y bien podría configurarse sobre la base de los aspectos conductuales positivos a que se encuentra ligado y de los aspectos negativos que repugnan de la probidad pública.

4b. Aspectos conductuales positivos del concepto o que al menos se hallan ligados a él.

Un cabal comportamiento ético del agente público parte de la base de varios supuestos:

4b.1. El agente público quien, en términos generales, compromete la acción y omisión del Estado, se

²⁸ A partir desde el Paraíso terrenal con Adán y Eva, pasando por el primer fratricidio y continuando en la historia con esa realidad. Tanto es así que, para quienes somos creyentes de Cristo, de la vida de Jesús puede extraerse una situación significativa, puesto que fue doblemente traicionado, a sabiendas de él, o con lo que él quiso revelar lo que toda sociedad humana debía sufrir y con la carga que debía convivir, sin perjuicio de manifestar el castigo severo a los infractores, al señalar que quien lo traicionó por treinta monedas, más le habría valido no haber nacido.

halla en el deber de reconocer, proteger o amparar e incentivar los derechos inherentes de los miembros de la comunidad y de su ejercicio. Por consiguiente, la ética pública comprende el cumplimiento de este deber del Estado a través de la conducta de su personal.

4b.2. Los servidores públicos, además, y como su nombre lo indica, se encuentran al servicio de las personas, debiendo promover el bien común. Lo mismo expuesto con otras palabras: todo aquel que preste sus servicios al Estado en esa condición debe poseer una vocación de servicio público que al observarse otorga a los agentes propiamente la calidad de servidores públicos.

En relación con este punto, es preciso considerar, especialmente en la selección o reclutamiento del personal, no solo el mérito profesional y técnico de los postulantes, sino que preponderantemente la condición ética que los solicitantes a cargos o funciones públicas deben poseer.

Durante la carrera funcionaria corresponderá que el personal sea capacitado y perfeccionado para el desempeño de sus funciones. Dentro de los cursos respectivos no podrá estar ausente la enseñanza de la ética. Por otra parte, se hace indispensable un sistema racional, objetivo y equilibrado de calificación del desempeño funcionario.

4b.3. Se supone, asimismo, que en el ejercicio de las funciones debe existir una eficiencia operacional y funcional, vale decir, tanto en lo que concierne al manejo de los recursos, cuanto en lo que toca a las otras actividades de la entidad estatal de que se trate.

4b.4. Es también exigible el respeto al principio de juridicidad o de legalidad que, justamente, tiene por objeto la protección de los valores fundamentales de las personas y del patrimonio público, marginando criterios de arbitrio que fueron propios del llamado Estado de Policía.

4b.5. Aún es posible recordar que la probidad también supone en la conducta del agente público la racionalidad que significa, además de la marginación de la arbitrariedad o capricho, la adopción de criterios de justicia y rectitud que discernan lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso.

4b.6. Por último, conviene destacar como exigencia en la conducta del agente público la lealtad hacia el organismo a que pertenece.

4c. Aspectos negativos conductuales que repugnan del principio de ética o probidad pública.

4c.1. Enunciación de algunas conductas reprobables o corruptas.

Es muy difícil confeccionar una lista exhaustiva de conductas negativas o contrarias a la ética pública.

Podría expresarse que todos los comportamientos de los agentes públicos que se aparten de los concep-

tos y principios que se han esbozado anteriormente integrarían tal rol; pero es posible destacar aquellos que se dan con alguna frecuencia no solo en Chile, sino en muchos países.

4c.1.a) Conductas de favoritismo a intereses personales del agente, de su cónyuge, parientes, amigos, correligionarios políticos o de otra índole personal.

4c.1.b) La designación de parientes en cargos públicos (nepotismo).

4c.1.c) El clientismo, es decir, el pago del elegido a sus electores en beneficios individuales, o bien, el intercambio de favores entre la clase política y sus electores.

4c.1.d) Actuar en actividades paralelas a las del servicio respectivo o conectados al organismo público y con perjuicio de este.

4c.1.e) Participar o haber participado en empresas que actualmente presten servicios a la entidad pública. Es posible que se renuncie a una empresa particular, para acceder a una función pública, pero si ocurre que dicha entidad sigue adjudicándose parte importante de los contratos del servicio público, hay algo que no cuadra con el principio, lo que involucra también las maquinaciones en materia de licitaciones y contrataciones.

4c.1.f) El tráfico de influencias que puede revestir innumerables modalidades.

4c.1.g) Entrega a terceros de información confidencial o privilegiada de la entidad.

4c.1.h) La existencia de gestores administrativos no idóneos. Es posible observar que hay personas o grupos de personas cuya actividad es hacer de consejeros e intermediarios de los administrados, para efectuar presentaciones en la Administración del Estado. En gran parte, sus actuaciones no son necesarias y suele ocurrir que aconsejen y tramiten beneficios indebidos, sorprendiendo a los funcionarios públicos o bien con la concomitancia de estos.

4c.1.i) Tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Esta actividad ilícita no podría desarrollarse tan intensamente como existe en el mundo actual, si no fuera por las organizaciones mafiosas que manejan la droga y con ella importantes sumas de dinero que puedan emplear en influencias decisivamente en el sector público.

4c.1.j) Enriquecimiento ilícito de agentes estatales. El ejercicio de la función pública no puede ser el medio para obtener mejorías patrimoniales ilícitas; por consiguiente, es necesario resguardarse de este eventual riesgo con diversas medidas preventivas y controles, sin perjuicio de la aprobación de preceptos san-

cionadores tanto administrativos como penales. Debe existir acción pública de denuncia tanto ante órganos administrativos como judiciales.

4c.1.k) En general, todas las conductas dirigidas a ocasionar perjuicio al Estado o que de una manera u otra permitan que el interés individual o particular prime sobre el de la sociedad o comunidad.

4c.2) Aprobación de normas jurídicas y efectividad de estas, por la vía del control y las sanciones, respecto de las conductas negativas²⁹.

Desde luego, el ordenamiento jurídico ha de consagrar en precisos preceptos la prohibición de incurrir en las conductas descritas en el N° 1 anterior por los agentes públicos de todo orden.

Enseguida, deberá señalarse en cada caso cual ha de ser la sanción administrativa, civil y penal, y aún concurrentes, según cada situación.

Nada se obtendría si en definitiva la conclusión sea solo que es conveniente ordenar estudios y aún hacerlos y en aprobar preceptos jurídicos programáticos o inocuos³⁰.

5. Algunos factores que dan origen o sirven de incentivo a la falta de probidad

Hay diversos elementos que contribuyen, en mayor o menor medida, a dar lugar a la transgresión a la ética pública. Se mencionarán algunos:

5a. Desproporcionado apego a los bienes materiales.

El afán de los miembros de la comunidad nacional de alcanzar la posesión de muchos bienes, a veces superfluos y sofisticados, olvidando los valores de perfeccionamiento espiritual, llevan en gran medida a un consumismo nocivo e inaceptable en el desarrollo de la sociedad. Naturalmente que este afán, a su vez, conduce a elegir caminos para obtener bienes que están reñidos con una conducta ética. Es lo que también se llama actualmente el consumismo.

En relación con lo anterior, hay un autor³¹ que critica a "la sociedad que premia la cultura del éxito material..., que predica el individualismo feroz, para el que la ética o moral no son más que el camino a la finalidad deseada", todo lo cual lleva al tráfico de influencias, a la venta de información confidencial, a la discriminación por razones ideológicas o a otros supuestos de corrupción.

²⁹ Ver eficacia del principio de probidad. En el título 1 N° 3.

³⁰ Así, por ejemplo, si se tratara de enriquecimiento ilícito, será insuficiente y hasta inocuo solo exigir una declaración jurada de bienes. En cambio, si se establece la medida disciplinaria de destitución a quien lleva un tren de gastos y de vida no concordante con sus remuneraciones sin que se acredite la legitimidad del mayor ingreso respectivo; y que en tal circunstancia tanto el control interno de la entidad correspondiente y la Contraloría General tengan facultades para investigar y sancionar, se podría afirmar que en lo que respecta a enriquecimiento ilícito, la Ley existirá y esta podría ser eficaz.

³¹ RODRÍGUEZ, Jaime, ob. cit. págs. 17 y 18.

5b. Falta de vocación y sentido de servicio público en los agentes.

Es corriente advertir la falta de conciencia en lo que atañe al desempeño de un cargo o función pública. Uno de los aspectos esenciales en el ejercicio de tan delicadas actividades es la consideración de la dignidad de las personas que acuden al ente público en demanda de atención, y a quienes el agente estatal se encuentra en el deber de servir (art. 1° inciso 4° de la Ley Fundamental).

5c. Insuficientes remuneraciones y estímulos para los agentes públicos.

La dignidad del ser humano, que ampara la Constitución Política, importa también la del agente público. Una remuneración acorde con el rol del agente en el servicio respectivo y un sistema de estímulo, que permita a él y a su familia vivir con decoro, es la dignidad que como individuo merece.

La insuficiencia en este factor puede ayudar a incentivar, en ciertos casos, a los funcionarios a transgredir el deber de ética pública.

5d. Falta de publicidad y transparencia de las actuaciones y actos de los agentes públicos.

A todo órgano del Estado, y por cierto a los agentes públicos que actúan incorporados a ellos, se asignan por ley facultades que en definitiva importan el ejercicio del poder. El titular del poder es, según mandato del art. 5 de la Ley Suprema, la Nación. Por consiguiente, todo ciudadano tiene el derecho a saber cómo esa autoridad es ejercida.

Otro tanto ocurre con los bienes nacionales, puesto que éstos pertenecen a la Nación toda y cada ciudadano también tendrá el derecho a conocer que se hace con los recursos y bienes que son de todos los nacionales.

Lo uno y lo otro se deberá conocer por la información, publicidad y transparencia de las actuaciones y actos de los agentes públicos.

Por otro lado, la ausencia de estos elementos de conocimiento no hace sino facilitar el ejercicio indebido de la función pública y el empleo ilícito de los recursos y bienes.

5e. Incompleto sistema de responsabilidad de los agentes públicos.

Se une a la expresión en el numerando anterior y al que se encuentra estrechamente vinculado la existencia de un sistema íntegro de responsabilidad de los agentes públicos.

Será un sistema completo si todos los agentes, sin excepción alguna, se encuentran afectos a responsabilidad; como también si respecto de todas las conductas, sin marginación alguna, se puede hacer efectiva la responsabilidad. Para que sea un sistema, además es preciso que la responsabilidad comprenda,

tanto la pecuniaria o civil, como la penal y la administrativa.

5f. Parcial sistema nacional de control público³².

Para hacer efectiva la responsabilidad en la forma ya descrita, es decir, todas las conductas y todos los agentes y también todos los tipos de responsabilidad, se precisa de un conjunto de diversos órganos de control, con diversas clases de fiscalización y a veces en diversas etapas de la misma. Ello quiere decir que el sistema comprende desde el control más tenue, pero muy trascendente: el de los medios de comunicación social; como otros más completos como el control administrativo interno y externo, y aún los importantes controles parlamentarios —incluido el Defensor del Pueblo—, y finalmente el control jurisdiccional, comprendido el constitucional.

Si solo existen algunos órganos de control, algunas instancias de fiscalización, ello redundará en cierta forma en el incentivo a la falta de probidad o en la corrupción, pues al no poder hacer efectiva las responsabilidades consiguientes, los responsables se sentirán seguros en las acciones y conductas corruptas.

6. Algunas posibles recomendaciones para acercarse a un fiel cumplimiento de principio.

6a. La primera o primordial recomendación se encuentra en la formación del agente público.

Como se trata de un problema propio de toda la sociedad, es de primordial importancia comenzar desde la primera etapa del ser humano en la familia; luego en la enseñanza básica; en la media y en la que siga, universitaria o técnica. En todas las instancias debe existir la enseñanza teórica y práctica acerca de la probidad y en cuyo ámbito el ejemplo de los progenitores y de las autoridades educacionales y estudiantiles es de mucha trascendencia.

³² Gonzalo Fernández de la Mora, miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, en artículo de la página editorial del diario El Mercurio de la edición de 19 de junio de 1997, concuerda, en general, con la apreciación que se enuncia y desarrolla en este párrafo al decir que es necesaria: "La radicalización de la fiscalización del gasto, desde la asignación de créditos presupuestarios hasta el último pago. Son numerosos los niveles de control entre los que destacan los siguientes: adscripción del gasto a su respectiva consignación finalista, transparencia en la contratación pública mediante subasta con límites previamente establecidos a cualquier revisión y plenas garantías para la eventual ejecución de las graves penas para los adjudicatarios que incumplan sus compromisos, certificación contradictoria de obras, autorización previa para cualquier libramiento, juicios de residencia periódicos para los altos funcionarios y control sistemático de sus declaraciones de patrimonio, creación de servicios de inspección interna en cada ente administrativo (es revelador que los escándalos españoles hayan sido descubiertos por la prensa), dotación de amplios medios al Tribunal de Cuentas, y sanción administrativa de destitución definitiva a los funcionarios corruptos independientemente de sus responsabilidades pecuniaria y meramente penales. En el caso de los políticos, cualquier grado de corrupción implicaría la incapacitación vitalicia para desempeñar cargos públicos".

6b. El acceso a la función pública y la carrera funcionaria deben ser consideradas especialmente³³.

Hay que comenzar por propiciar que el acceso a la función pública debe ser sobre la base de sistemas transparentes, que hagan realidad a la vez la igualdad de oportunidades de obtener un cargo o función pública y de que el Estado seleccione a los más meritorios y capaces. Lo anterior debiera aplicarse tanto en los cargos de carrera como en los a contrata y aun en los honorarios.

Lo recomendable, lo ideal, sería que existiera una escuela de Administración Pública que tuviera a su cargo la formación de los futuros agentes del Estado y su perfeccionamiento, de tal modo que el acceso y la carrera funcionaria tuvieran cierta vinculación con tal escuela, en la cual sería primordial la enseñanza de la ética pública.

6c. La capacitación y el perfeccionamiento como elementos complementarios del principio de probidad.

En la medida en que se obtenga por los agentes públicos, por medio de la capacitación y del perfeccionamiento, una mayor idoneidad profesional y técnica y del dominio de los principios fundamentales del servicio a la comunidad, juridicidad, responsabilidad, control, eficiencia, racionalidad, se alejarán las posibilidades de incurrir en conductas corruptas y se acercará el cumplimiento del principio de probidad.

6d. La conducta ejemplar de los gobernantes de las autoridades y de las jefaturas en cumplimiento del principio de probidad³⁴.

Es posible que una autoridad o un jefe no sea siempre el funcionario más preparado de la entidad, pero sí debe ser el más probo, tanto en el aspecto funcionario como en el social.

No hay mejor incentivo a las trasgresiones al principio que el mal ejemplo de los superiores y de las autoridades y gobernantes. La corrupción del superior suele acarrear la del inferior.

6e. Observancia del trámite de propuesta o de subasta en las contrataciones.

Los contratos de la Administración del Estado deben llevarse a efecto mediante el trámite de licitación

³³ Gonzalo Fernández de la Mora, ant. cit., quien manifiesta: "Todo funcionario público participa del poder político y solo la comunidad está legitimada para atribuirlo. A unos pocos miembros temporales de la Administración Pública los designan mediante instrumentaciones del sufragio popular (concejales, alcaldes, diputados, etc.); a todos los demás, técnicamente cualificados y estables, debe designarlos mediante concurso público de méritos. Despolitizar la Administración es depurarla del amiguismo y del clientismo, configurarla con criterios de eficacia profesional y, en último término, dificultar la corrupción *ab origine*".

³⁴ Gonzalo Fernández de la Mora, ant. cit. dice: "La regeneración moral, ¿cómo se neutraliza la anemia ética de una sociedad? Mediante el eterno método, la persuasión por el ejemplo y la palabra".

sobre la base de la igualdad de los proponentes y del cumplimiento estricto de las bases o pliego de condiciones, eliminando los criterios discriminatorios y discrecionales. En dicho procedimiento deben marginarse las cláusulas del pliego que, por la vía de condiciones, llevan a un solo proveedor o contratista, burlando el principio de igualdad y de ética públicas.

6f. La publicidad y transparencia en las actuaciones y actos de los agentes públicos.

6g. Un completo sistema de responsabilidad de los agentes públicos.

6h. Un íntegro sistema nacional de Control Gubernamental.

Respecto de estas tres últimas letras f, g y h, se da por reproducido lo que ya se comentó en las letras d, e y f del punto 5.

VIII. CONCLUSIONES

La modernidad en relación al principio de juridicidad se manifiesta:

1. En la consideración del hombre como lo fundamental en sociedad: Reconocimiento, protección e incentivo de los derechos esenciales y connaturales del individuo y rol instrumental o de servicialidad del Estado.
2. La dignidad del ser humano impone, además de los derechos esenciales, los deberes de un hombre hacia otro ser humano y hacia la sociedad.
3. Actualización del concepto de legalidad a juridicidad.
4. La razón de ser del principio: para reconocer, proteger o incentivar los derechos fundamentales de la persona; para regular el ejercicio de esos derechos; para establecer y regular los deberes de las personas; para acotar el poder.
5. En el ámbito de aplicación del principio: todos los órganos del Estado; todas las acciones del Estado, sin excepción.
6. En la eficacia del principio de juridicidad: existencia de un sistema nacional de control y de un sistema de responsabilidades de la misma cobertura del principio de juridicidad.
7. En la interpretación del orden jurídico sobre la base de la Supremacía Constitucional y de la finalidad normativa.
8. En la incorporación como subelementos del principio de juridicidad de la probidad, de la racionalidad, de la eficiencia y de la subsidiariedad.